Die Fälle momentaner Detention

nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der Rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Heinrich Möller,

Gerichtsassessor aus Bickern bei Gelsenkirchen.

ACAD.
LUGD BAT.
BIBL

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Referent: Prof. Dr. Mendelssohn-Bartholdy.

Meiner Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0160

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

I. Abgrenzung des Themas. (§ 1.) 1

II. Die possessorische Rechtslage in den Fällen momentaner Detention (§§ 2—13) 7

a) Das Recht des Besitzes (§§ 2—10) 7

α) Geschichtliche Entwicklung (§§ 2—5) 7

1. Der Besitz im gemeinen Recht (§ 2) 7

2. Der Standpunkt des 1. Entwurfes (§ 3) 10

3. Die Behandlung der Besitzmaterie durch die 2. Kommission (§ 4) 13

4. Der Standpunkt des BGB. (§ 5) 15

β) Die tatsächliche Gewalt im Besitzbegriff (§§ 6—10) . . . 18

1. Das Wesen der tatsächlichen Gewalt im allgemeinen (§ 6) 18

2. Die einzelnen Kennzeichen derselben (§ 7) 21

3. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt und § 855 (§ 8) . 25

4. Die tatsächliche Gewalt beim mittelbaren Besitz (§ 9) . 27

5. Das zeitliche Moment bei der tatsächlichen Gewalt (§ 10) 28

b) Die einzelnen Fälle der momentaria detentio in besitzrechtlicher Beziehung (§§ 11—13) 31

1. Wer hat die tatsächliche Gewalt? (§ 11) 31

2. Wer ist Besitzer? (§ 12) 35

3. Der Besitzschutz (§ 13) 39

III. Die petitorische Rechtslage (§§ 14 und 15) 41

a) § 1006 BGB. (§ 14) 41

b) § 1007 BGB. (§ 15) 43

Schluß.

IV. Die obligatorische Rechtslage (§ 16) 48

Literaturverzeichnis.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 48.

Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 29.

Baron, Pandekten.

Baron, Noch einmal der Besitzwille. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 30.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 34.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42.

Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes. Rostocker Dissertation 1905.

Brunswig, Der Begriff des Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Rostocker Dissert. 1904.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen. Berlin 1901.

Bunsen, Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 23.

Burghoff, Der Besitzwille. Greifswalder Dissert. 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 und 3. 4. Aufl. Jena 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2 und 3. 1. und 2. Aufl. Halle a. S. 1901.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. 1. und 2. Aufl. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. und 2. Bd 8. und 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das Recht des BGB. 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Feustel, Der Anspruch aus § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jenaer Dissert. Rudolstadt 1900.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1896.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. In den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 4. Breslau 1901.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Jena 1904.

Gierke, Gutachten über die Frage: Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitz zulässig? In den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages. Bd. 3. Berlin 1898.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1 und 2. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goltschmidt, Die Grundlage der Besitzlehre. Aus den vermischten Schriften Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Heß, Besitzen heißt gesichert sein. Hamburg 1895.

Heß, Der Besitzdiener des § 855 BGB. Jenaer Dissert. 1904.

Heyer, Die Selbsthilfe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19.

Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889.

Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem preußischen Recht und der preußischen Rechtsprechung. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15.

Kohler, Vertrag und Übergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18.

Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuche von: Biermann, Bd. 2 und 3 2. Aufl. Berlin 1903; Hölder, Bd. 1. München 1900; Planck, Bd. 2 und 3 1. und 2. Aufl. Berlin 1902; Staudinger, Bd. 3. Bearbeitet von Kober. München 1898.

Knlep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena 1900.

Leonhardt, Die Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Rechts. Berlin 1898.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1901.

Miethke, Wesen und Umfang der Klage des § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlanger Dissert. Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe. Bd. 3. Berlin 1896.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1899.

Neumann, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.

Pflüger, Die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Jherings Jahrbüchern Bd. 35.

Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes. 1885.

Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Halle 1900.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines BGB. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 38.

Strohal, Der Sachbesitz. Jena 1904.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts.

Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB. Berliner Dissertation. Berlin 1902.

Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 87.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. In der Bearbeitung von Kipp. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Wolff, Das Recht zum Besitze. In der Festgabe für Koch. Berlin 1903.

Zeitschriften: Deutsche Juristenzeitung, Juristische Wochenschrift, Das Recht.

§ 1.

Abgrenzung des Themas.

In seinem Buche „Das Recht des Besitzes bei den Römern“ [1]) hat Bekker bei der Untersuchung des Willensmomentes im Besitzbegriff die Erörterung über einige Fälle der Sachinhabung angeregt, „in denen sich die Absicht des Inhabers nur auf eine bloß momentane sofort wieder aufzugebende Gewalt richtet.“ Er fragt:

„Wer einen Stein nimmt nach Früchten zu werfen, die am Baum hängen, wer einen Stock ergreift oder sonst irgend eine Waffe, um sich gegen einen ihn plötzlich attackierenden Hund oder ein noch schlimmeres Tier zu wehren, auch der Dieb, der die Leiter im Hinterhaus nimmt, um ins Vorderhaus einzusteigen, machen sich diese zu juristischen Besitzern von Stein, Stock, Leiter usw.“?

Pininski [2]) hat in seinem Werk „Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht“ das Wort zu dieser Frage ergriffen mit der Ausführung, daß das Bestehen eines besitzrechtlichen Detentionsverhältnisses da geleugnet werden müsse, wo das faktische Verhältnis der Person zur Sache nur ganz vorübergehend ist. Er meint:

---

[1]) Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern S. 162.

[2]) S. 252.

„Bekker führt als Beispiele der momentaria detentio lauter Fälle an, wo das körperliche Verhältnis so momentan ist, daß es höchstens einige Minuten lang dauert . . . Der Erwerb des Besitzes ist zu leugnen nicht nur in solchen Fällen, wie z. B. wenn wir einen Stein in die Hand nehmen, um nach Früchten zu werfen, einen Stock ergreifen, um uns gegen einen Hund zu wehren, sondern auch da, wo unser Haben bedeutend weniger momentan ist. So z. B. in folgenden Fällen: ‚Ich nehme ohne Wissen des Besitzers, der etwa mein guter Bekannter ist, sein Buch, um es zu lesen und nach einigen Tagen zurückzugeben; ich lasse mir die Pferde meines Bekannten, der nicht zu Hause ist, einspannen, um eine Spazierfahrt zu machen oder jemanden in der Nachbarschaft zu besuchen; ich nehme sein Gewehr und seine Patronentasche und gehe damit auf die Jagd; ‚leihe mir‘ ohne Wissen des Eigentümers seine Reisetasche aus und behalte sie während eines mehrtägigen Ausflugs usw. Der bisherige Besitz geht in allen diesen Fällen nicht verloren.“

Ausführlicher noch als Pininski ist Jhering in seiner Kritik des ersten Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Anregung Bekkers eingegangen. Er hat außer den Bekkerschen und Pininskischen Fällen noch folgende erörtert: Jemand ersucht im Theater einen andern um seinen Operngucker, in der Eisenbahn um sein Kursbuch, ein Gast nimmt in einem öffentlichen Lokal eine der dort zur beliebigen Benutzung aufgestellten oder aufgelegten Sachen, z. B. einen Stuhl oder eine Zeitung.[3])

Indem er dem Inhaber der Sache Detention

[3]) Der Besitzwille S. 470 ff., 507, 512 ff.

im Gegensatz zu juristischem Besitz zugeschrieben hat, hat er für diese Fälle den Sammelnamen „Momentanes Detentionsverhältnis“ gewählt und damit einen neuen technischen Ausdruck in die juristische Literatur eingeführt.

Er hat den Begriff des momentanen Detentionsverhältnisses dahin abgegrenzt, daß er dann, wenn jemand im Theater für die Dauer der Vorstellung vom Logenschließer einen Operngucker, auf dem Eise für einen Nachmittag Schlittschuhe, zum Fahren auf dem Teich oder See auf eine Stunde einen Kahn mietet, wenn jemand einen Freund bittet, ihm sein Kursbuch oder seinen Operngucker mit auf die Reise zu geben, den Wirt ersucht, ihm zu einer großen Gesellschaft Stühle zu leihen oder ihm zu verstatten, ein Zeitungsblatt mit nach Hause zu nehmen, — dem Inhaber der Sache Besitzerstellung gibt. Auch hat er hier die Entstehung eines kurzen Mietverhältnisses angenommen, während er bei den von ihm angeführten Fällen momentaner Detention das Vorliegen eines rechtlich-erheblichen obligatorischen Verhältnisses bestritten hat.[4])

Strohal, der seine Besitzlehre hauptsächlich auf den Unterschied von selbständiger und unselbständiger Inhabung zuspitzt, indem er nur dem selbständigen Inhaber Besitzschutz zuteil werden läßt, hat sich über die momentaria detentio folgendermaßen ausgelassen:

„Wenn wir die im Leben vorkommenden Inhabungsverhältnisse überschauen, so drängt sich uns vor allem der Unterschied zwischen selbständiger und unselbständiger Inhabung auf. Die letztere charakterisiert sich wesentlich

---

[4]) Jhering a. a. O. S. 515, 18.

dadurch, daß bei ihr neben dem unmittelbaren Inhaber ein anderer (Besitzherr) da ist, welcher gemäß der Auffassung des Lebens nach (unter Umständen freilich durch die Regeln des Anstandes, Verkehrssitte, ja selbst durch eine nur vorübergehende Gestattung entsprechende Duldungspflicht gemäßigter) Willkür in der Lage ist, über die Sache tatsächlich zu disponieren. Unselbständig in diesem Sinne ist z. B. . . . die Inhabung der Kaffee- und Gasthausgäste an den Zeitungen, welche sie in der Hand halten, an dem von ihnen benutzten Eßzeug des Wirtes usw. . . . Bei der selbständigen Inhabung sind mannigfaltige Abstufungen möglich, und hinsichtlich einiger Grenzfälle kann es zweifelhaft werden, ob selbständige Inhabung überhaupt vorliegt, oder nicht vielmehr unselbständige Inhabung mit vorübergehender Gebrauchsbefugnis; Beispiele: Kaffeehausgäste spielen mit den auf den dazu bestimmten Tischen liegenden Karten, für deren Benutzung sie Kartengeld entrichten, oder Gasthausgäste benutzen einige Stunden gegen Entgeld die Kegelbahn des Wirtes nebst Kegeln und Kugeln. M. E. ist in diesen Fällen selbständige Inhabung der Gäste an den Karten und dergleichen nicht anzunehmen. Würden die Gäste die Karten oder Kugeln mitnehmen, so läge nicht Unterschlagung sondern Diebstahl vor, und wollten die Gäste nach Verlauf der im voraus bestimmten Zeit nicht räumen, so wäre Anwendung von Eigenmacht, etwa mittels polizeilicher Hilfe zulässig. Wahr bleibt freilich unter allen Umständen, daß sich die Gäste Karten, Kegelbahn usw. vor Ablauf der fixierten Benutzungszeit nicht entreißen zu lassen brauchen.“ [5])

Neben den von den Kommentatoren des gemeinen Rechts

---

[5]) Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 538.

angeführten Fällen sind von den Interpretatoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch andere erörtert worden, so z. B. die Besichtigung von Mustern des Geschäftsreisenden seitens eines Kunden,[6]) die Benutzung eines Stuhles gelegentlich eines Besuches, eines Fahrrads durch einen Schüler in der Bahn des Fahrradhändlers,[7]) die Einsichtnahme des Buches einer Leihbibliothek im Lesesaal derselben,[8]) das Aufheben fallengelassener Gegenstände,[9]) die Inhabung des Dienstmanns am Gepäck des Reisenden, während dieser neben ihm zum Bahnhof geht.[10])

Leicht lassen sich noch viele ähnliche Fälle konstruieren:

D. reicht beim Suchen in der Bibliothek des P.[11]) diesem ein Buch, das er zuerst gefunden hat;

ein Tänzer hebt im Ballsaal seiner Dame einen Fächer auf, der ihrer Hand entglitten ist;

bei einem Notar benutzt die erschienene Partei einen dort liegenden Federhalter zur Unterschrift;

auf dem Markt nimmt ein Käufer eins von den Eiern die er kaufen will, zur Durchsicht in die Hand;

jemand — nach Analogie des ersten Beispiels D — glaubt bei einem andern, — der demnach mit P zu bezeichnen ist, — einen Ring, der ihm abhanden gekommen ist, zu erkennen, und läßt ihn sich zur Besichtigung geben;

---

[6]) Endemann, Lehrbuch, Sachenrecht § 33 S. 130ff.

[7]) Heilfron, Lehrbuch Bd. 3 S. 39 Anm. 7.

[8]) Cosack, Lehrbuch Bd. 2 § 385 S. 66.

[9]) Biermann, Kommentar Bd. 3 § 855 Anm.

[10]) Leonhard, Stellvertretung beim Fahrniserwerb S. 65.

[11]) Diese Bezeichnung wollen wir künftig bei allen Fällen durchführen, nach der also der Detentor D. und sein Gegner P. genannt wird.

er läßt sich im Fundbureau liegengebliebene Sachen, unter denen er eine ihm verlorene zu finden vermeint, zeigen usw.

Auch bei unbeweglichen Sachen ereignen sich täglich viele Fälle momentaner Detention, so z. B., wenn jemand beim Gehen mit dem Fuße den Erdboden berührt, wenn man sich im Zimmer an eine Wand lehnt, usw.

Wie wir sehen, sind die Fälle der momentaria detentio sehr mannigfaltig. Gemeinsame Gesichtspunkte lassen sich ohne eingehende Untersuchung nicht feststellen. Die von Jhering eingeführte Abgrenzung erscheint zwar sehr zweckmäßig; da sie aber in der Literatur nicht allgemein anerkannt und auch durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht sanktioniert ist, so müssen wir die Gesamtheit der erwähnten Fälle bei der Betrachtung des momentanen Detentionsverhältnisses erörtern. Aussondern können wir allein diejenigen, welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen, weil diese in der Literatur vom Standpunkte der momentaria detentio noch nicht betrachtet sind, und weil sie eine besondere Abhandlung über das sonst nicht hierher gehörende und tief eingreifende Gebiet des Rechts der unbeweglichen Sachen erfordern würden.

Um die wirtschaftliche Bedeutung der Untersuchung zu erkennen, müssen wir uns die Fälle etwa so denken, daß die Sache, während sie sich in den Händen des Detentors befindet, von dritter Seite weggenommen wird, oder daß der Detentor selbst sie zurückbehält. Dabei brauchen wir eine Bösgläubigkeit dieser Personen nicht anzunehmen. Sie können sich für besitzberechtigt halten, weil ihnen selbst die Sache früher abhanden gekommen ist. Ebenso können wir bei den Besitzern, den D unserer Beispiele, Gutgläubigkeit voraussetzen, so daß in dieser Hinsicht die Fälle nicht qualifiziert werden.

Die rechtliche Erörterung muß sich nach drei Seiten hin erstrecken, und zwar muß sie die:

a) possessorische,

b) petitorische und

c) obligatorische Rechtslage

umfassen.

§ 2.

Possessorische Rechtslage: geschichtliche Entwicklung der Besitzlehre im gemeinen Recht.

Wenn wir zu einem Urteile über die besitzrechtliche Stellung des Detentors in unsern Fällen gelangen wollen, so müssen wir uns wegen der auf dem Gebiete des Besitzrechts häufig vorkommenden und sehr hervortretenden Streitfragen einen allgemeinen Überblick über die Besitzmaterie verschaffen.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Besitz bilden das Produkt einer langen geschichtlichen Entwicklung, die ihren Anfang in dem als gemeines Recht in Deutschland geltenden römischen Rechts, dem corpus juris civilis, nimmt.

Seit Savignys epochemachendem Werke „Das Recht des Besitzes“, das zum Fundament der gemeinrechtlichen Besitzlehre geworden ist, wurden folgende Hauptsätze des Besitzrechts aufgestellt:

„Regelmäßig ist der Besitz die tatsächliche Gewalt einer Person über eine körperliche Sache, verbunden mit dem Willen der Person, die Sache vollständig für sich zu haben. Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, aber jenes

Willens ermangelt, heißt ihr Inhaber“ (detentor).[1]) Der rechte Besitzer, der juristische, hat corpus und animus domini, seu rem sibi habendi; der bloße Inhaber, der detentor dagegen nur corpus.“ . . . Unter corpus versteht Savigny den Zustand, „in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann“, indem er hinzufügt, „die Möglichkeit, auf die Sache zu wirken, müsse eine unmittelbare, gegenwärtige sein, so daß daraus das ‚Bewußtsein physischer Herrschaft‘ entstehen könne.“ Deshalb verlangt er im Anschluß an die dementsprechend von ihm interpretierten römischen Quellen zur Verwirklichung des corpus Gegenwart des Erwerbers bei der Sache und läßt nur dann eine Ausnahme zu, wenn bewegliche Sachen in die custodia des Hauses gekommen sind, weil jeder über sein Haus sichere Herrschaft habe, als über alles andere Vermögen und durch jene Herrschaft zugleich die custodia aller der Sachen, die in dem Hause enthalten sind.[2])

Daneben schreibt er noch einigen Personen, denen der animus domini fehlt, ausnahmsweise juristischen Besitz zu, nämlich dem Faustpfandgläubiger, dem Sequester und dem Prekaristen. Diese werden als Inhaber abgeleiteten Besitzes bezeichnet.

Die rechtliche Bedeutung des Verhältnisses von juristischem Besitz und Detention besteht nach ihm darin, daß der juristische Besitzer ohne Rücksicht auf sein Recht zum Besitze durch Interdikte gegen Eigenmacht

---

[1]) Baron, Pandekten § 112 S. 200.

[2]) Recht des Besitzes S. 26 §§ 14—18.

und Vertrauensbruch geschützt wird,[3]) während der detentor dieses Schutzes ermangelt.

Wenn man in diesen Grundsätzen auch die herrschende Theorie des gemeinen Rechts erblicken kann, so hat es doch nicht an bedeutenden Juristen gefehlt, die im einzelnen und im ganzen andere Ansichten vertreten haben.

Windscheid hat den zweiten Teil der Definition Savignys von der tatsächlichen Gewalt gestrichen und dieselbe als die Möglichkeit, auf eine Sache physich einzuwirken, bezeichnet.[4])

Am entschiedensten ist Jhering gegen Savigny aufgetreten; er hat als Besitz dasjenige Verhältnis von Person zur Sache bezeichnet, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist.[5]) „Nach Verschiedenheit der Sachen nehme dasselbe bald die Gestalt der physischen Gewalt an, bald nicht." Sodann hat er die Savignysche Unterscheidung von juristischem Besitz und Detention verworfen, insofern sie sich darin äußere, daß jener den animus erfordere, dieser dagegen nicht. Wille müsse bei beiden vorhanden sein, denn bei beiden läge ein gewollter Gewahrsam vor, die Fälle Detention, in denen der Besitzschutz nicht gewährt werde, der seien bestimmte auf praktischen Gründen beruhende Ausnahmefälle.[6])

Neben der Jheringschen Theorie sei dann noch die Hesssche und Bekkersche erwähnt. In der Schrift „Besitzen heißt gesichert sein" hat Hess ausgeführt, daß der des Interdikten Schutzes teilhaftige Besitz einer

---

[3]) Baron a. a. O. S. 201.

[4]) Pand. Bd. 1 S. 670.

[5]) Besitzwille S. 481.

[6]) Jhering, Besitzwille S. 481 ff.

Sache die durch Tatsachen für die Zukunft gesicherte Genußmöglichkeit sei. Eine Sache ist nach ihm sicher, wenn andere sie nicht wegnehmen können oder wollen.[7])

Bekker hat in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 28 den Satz aufgestellt: „Wo Gewahrsam, da um deswillen Besitz.“ Den Gewahrsam definiert er als Herrschaft über ein räumliches, aber nicht mit dem Zollstock, sondern nach den Erfahrungen des Lebens zu bemessendes Gebiet.[8])

§ 3.

Standpunkt des ersten Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Besitzrecht.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs kannte wie das gemeine Recht zwei Arten des Besitzes: Den Besitz und die Inhabung. Obwohl in den Motiven der Vorteil einer Definition des Besitzes anerkannt ist, hat der Entwurf eine solche doch nicht gegeben. „Man kann, wie die Motive meinen, eine in legislativer Beziehung genügende und nicht mißzuverstehende Definition des Besitzes nicht konstruieren, sondern höchstens die Tatsachen bestimmen, die für seinen Erwerb und Verlust maßgebend sind.“[9]) Als Inhaber wird dagegen in den Motiven die-

[7]) Ebenso übrigens Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 3 S. 52: „Es handelt sich nicht um etwas Augenblickliches, sondern um einen befestigten dauernden Zustand. Nicht absolute Sicherheit für unsere Herrschaft in die Zukunft wird hiermit gefordert, notwendig ist nur, daß man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge darauf rechnen kann, über die Sache verfügen zu können.“

[8]) Burghoff, Der Besitzwille S. 40 ff.

[9]) Mot. Bd. 3 S. 80.

jenige Person bezeichnet, in welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache vorhanden ist.[11])

Der Besitz wird nach § 797 des Entwurfs erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu besitzen. Hierzu meinen die Motive, dieser Wille müsse, da ein innerer Wille außer Betracht bleibe, äußerlich in der Erwerbshandlung zutage getreten sein.[12]) Die Kundgebung des Willens sei aber nicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, auch brauche die Willensrichtung in Ansehung der Sache nicht eine genau bestimmte sein.

Die tatsächliche Gewalt wird im Entwurf gleichfalls nicht durch eine besondere Bestimmung definiert; von den Motiven wird sie dahin erläutert, daß sie weder bei ihrem Beginn noch bei ihrer Fortsetzung in jedem Falle eine unmittelbare Einwirkung der Person auf die Sache, sondern nur eine solche Gestaltung aller Umstände, daß dem Erwerber die tatsächliche Herrschaft zugeschrieben und in Ansehung aller übrigen Personen verneint werden könne, erfordern müsse.[13]) An einer anderen Stelle wird zur Kennzeichnung der Inhabung der Ausdruck „räumliche Herrschaft der Person über die Sache“ gebraucht.[14])

Das Recht des Besitzschutzes erfüllt sich nach dem Entwurf in der Person des Inhabers; dieser hat das Recht der Selbsthilfe und der Besitzklage. Letztere ist auch dem Besitzer gegeben, und zwar auch dann, wenn ein anderer

---

[11]) Daselbst S. 82.

[12]) Daselbst S. 83.

[13]) Mot. a. a. O. S. 81.

[14]) Daselbst u. Planck, Kommentar Bd. 3 § 854 Nr. 2.

die Sache für ihn inne hat, das Recht der Selbsthilfe steht aber nur dem Inhaber und diesem sogar gegen den Besitzer, für den er besitzt, zu.

Dies wird damit begründet, „daß es der unabhängigen Stellung, welche der Entwurf dem Inhaber zuschreibe, entspreche, daß der Wille des Inhabers ausschließlich maßgebend sein müsse für die Bestimmung des räumlichen Schicksals der Sache, daß also das in § 814 enthaltene Verbot (der Eigenmacht) auch für den Besitzer gegenüber dem Inhaber Geltung habe.“ [15])

„Man könne daran denken, dem Besitzer oder Oberinhaber in ähnlicher Weise die Ausübung des Notwehr- und Selbsthilferechts neben dem Vertreter in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu gestatten, wie jenen Personen auch die possessorischen Rechtsmittel zugestanden sind. Für die analoge Behandlung spräche der Umstand, daß die Besitzklagen für die versäumte Gewaltanwendung Ersatz gewähren. Die Einräumung einer solchen von einem weiteren Verzichte des eigentlich Verletzten, welcher doch immer der Inhaber ist, unabhängigen Rechtsstellung begegne doch überwiegenden Bedenken. Wollte man die Einmischung eines bei dem akuten Konflikte nicht unmittelbar Beteiligten gestatten, so würde dem anderen Teile eine Person gegenübergestellt, deren Legitimation zweifelhaft sei. Dabei würde im praktischen Resultate dem Besitzer oder Oberinhaber durch die Verleihung eines solchen Rechts wenig genutzt werden, da diese Personen, um Gelegenheit zur Ausübung dieses Rechts zu haben, in dem schnell vorübergehenden kritischen Zeitpunkte der Besitzstörung zur Stelle sein müßten.“ [16])

---

[15]) Mot. § 814 S. 110.

[16]) Mot. § 815 S. 114.

§ 4.

Die Behandlung der Besitzmaterie in der zweiten Kommission.

Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs formte die Bestimmungen des ersten Entwurfs über den Besitz vollständig um.

Der Inhaber des ersten Entwurfs fiel gänzlich fort. Von dem Besitzer verlangte man nicht mehr den Willen, die Sache als die seinige zu besitzen, indem man es für gleichgültig hielt, ob jemand, um des Besitzschutzes würdig zu sein, diesen Willen habe oder nicht, weil dieser Wille nicht so sehr für die eigentliche Besitzfrage, die nach dem Besitzschutz, als für die Lehre vom Eigentum in Betracht komme.[1])

Um Personen zu bestimmen, die man neben dem Besitzer noch des Besitzschutzes für würdig hielt, schuf man das Institut des mittelbaren Besitzes.[2]) Danach wurden neben dem Besitzer der Verleiher, Vermieter, Verpächter, Verpfänder und Nießbrauchgeber sowie ähnliche Personen „auch“ als Besitzer bezeichnet.

Wir erkennen in diesen Personen unschwer diejenigen juristischen Besitzer, denen im gemeinen Recht die abgeleiteten Besitzer zur Seite standen; unter Hinzunahme einiger anderer sind diese Fälle unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt gebracht; die früheren abgeleiteten Besitzer sind jetzt

---

[1]) Kommissionsprot. Bd. 3 S. 28.

[2]) Planck a. a. O. § 868 Anm. 1. S. 54.

eigentliche Besitzer geworden, die früheren juristischen jetzt „auch“ Besitzer.

Dem zweiten Entwurf fügte man endlich noch eine neue Vorschrift ein, die im ersten Entwurf nicht zum Ausdruck gekommen war.

Die Kritik des ersten Entwurfes hatte sich nämlich fast einstimmig gegen die darin dem Inhaber eingeräumte umfassende Rechtsstellung gewandt.[3]) Man warf dem Entwurf vor, daß er jede Sachinhabung schützen wolle und deshalb mit den praktischen Bedürfnissen des Lebens in schreiendem Widerspruch stehe.[4])

Die zweite Kommission hielt diesen Angriffen gegenüber die Regelung des ersten Entwurfes nicht aufrecht. Sie erwog,[5]) „daß es Fälle gebe, in denen jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht für sich, sondern für einen andern der Art ausübe, daß dieser andre als Besitzer anzusehen sei. Dies habe schon der erste Entwurf angenommen, aber eine Bestimmung darüber für entbehrlich gehalten. Die Kritik habe den Entwurf in dieser Beziehung mißverstanden, und deshalb sei die Bestimmung des § 797a (855) aufgenommen worden.“

„Grundsätzlich sei der, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübe, als Besitzer anzusehen. Nur ausnahmsweise sei ein Dritter als Besitzer anzusehen.

Eine völlig zweifelsfreie Fassung werde aber bei der

---

[3]) Jhering, Besitzwille S. 510; Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen in Jherings Jahrbüchern Bd. 29. S. 217 ff.; Planck a. a. O. § 855.

[4]) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen S. 54; Heß, Der Besitzdiener des § 855 S. 19.

[5]) Prot. Bd. 3 S. 31.

Vielgestaltigkeit der Fälle für diese Ausnahmen kaum zu finden sein."

Es wurde deshalb eine Bestimmung eingeschaltet des Inhalts, daß derjenige nicht Besitzer sei, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübe, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten habe; in diesen Fällen solle nämlich nur der andre Besitzer sein (§ 855).

Die besitzrechtlichen Befugnisse wurden im zweiten Entwurf in der Weise verteilt, daß der Besitzer und der unselbständige Inhaber (§ 855) ein Selbsthilferecht haben, letzterer aber nur gegenüber Dritten, nicht gegenüber dem Besitzer, wenn er für diesen die Sache innehaben sollte.

Die Besitzklagen wurden sowohl dem unmittelbaren als auch dem mittelbaren Besitzer zugeteilt, nicht dagegen dem „unselbständigen Inhaber".[6])

§ 5.

Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Institut des Besitzes hat also, soweit das Verhältnis von Ober- und Unterinhaber sowie der Besitzschutz in Frage kommt, folgende Gestalt angenommen.

Nach § 854 wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Es genügt die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854 Abs. 2).

---

[6]) Strohal, Sachbesitz S. 5ff.

Der Besitz wird nach § 856 dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.

Die Bestimmungen über die Abstufungen des Besitzes, welche mehrfach vorkommen können, lauten folgendermaßen: Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (§ 868).

Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer (§ 871).

Über den Erwerb des mittelbaren Besitzes bestimmt das Gesetz, daß derselbe dadurch auf einen andern übertragen werden kann, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird (§ 870).

Besondere Vorschriften über den Verlust des mittelbaren Besitzes fehlen.

Endlich ist noch der schon besprochene § 855 zu erwähnen: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Hinsichtlich des Besitzesschutzes enthält das Gesetz folgende Bestimmungen:

„Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie

dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen“ (§ 859 Abs. 1 u. 2).

Die verbotene Eigenmacht wird dahin definiert: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich“ (§ 858 Abs. 1).

Nach § 858 Abs. 2 ist der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.

Gegen einen derartig fehlerhaft Besitzenden stehen dem Besitzer die gleichen Rechte zu wie gegen denjenigen, der die verbotene Eigenmacht verübt hat (§ 859).

Nach § 860 ist zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist.

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. Wegen des Ausschlusses dieser Klage gilt das gleiche wie bei der Wiedereinräumungsklage (§ 862).

Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen

kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei (§ 863).

Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird. Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann (§ 864).

Über die Befugnisse des mittelbaren Besitzers bestimmt eine besondere Vorschrift (§ 869): „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumng des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird."

§ 6.

Wesen der tatsächlichen Gewalt.

Wenn man ermitteln will, welche besitzrechtliche Stellung jemand hinsichtlich einer Sache einnimmt, so muß man prüfen, ob er die tatsächliche Gewalt erlangt hat, da durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt Besitz erworben und durch ihren Verlust Besitz beendigt wird.

Was bedeutet der Ausdruck tatsächliche Gewalt? Er wird von den neueren Juristen nicht mehr mit Savigny als nahe körperliche Beziehung von Person zur Sache, sondern im Anschluß an Goldschmidt[1]) als ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, definiert.[2])

In den Kommentaren und Lehrbüchern des Bürgerlichen Gesetzbuchs heißt es vielfach, daß derjenige die tatsächliche Gewalt über eine Sache habe, dem die Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Sache verleihe.[3])

Beide Definitionen stellen aber m. E. nichts weiter als eine Tautologie dar. Denn wenn das Gesetz den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht näher umschreibt, so ist es selbstverständlich, daß die Verkehrsanschauung für seine Begrenzung maßgebend sein muß. Den Ausdruck Herrschaft kann man aber im wörtlichen Sinne nicht auf das Verhältnis von Sachen zu Personen anwenden, weil eine Person im eigentlichen Sinne des Wortes nur über Personen, nicht über Sachen herrschen kann. Im übertragenen Sinne bedeutet Herrschaft nichts anderes als Gewaltausübung.

Des weiteren mögen die Definitionen wohl alle Fälle der tatsächlichen Gewalt umfassen; wenn es aber auf die Analysierung zweifelhafter Fälle ankommt, dann versagen sie und bieten deshalb für die Praxis wenig Vorteile.

Wenn man trotzdem bei ihnen verbleibt, so beruht das auf dem Gedanken, daß der Gewaltbegriff keine juristische Analyse dulde, sondern nur eine kasuistische

---

[1]) Handbuch des Handelsrechts S. 1233 Anm. zu S. 638 ff.

[2]) vgl. Planck a. a. O. Anm. zu § 854 u. d. dort Genannten.

[3]) Ders., Anm. zu § 854 u. Josef im Recht 1904 S. 498 ff.

Exemplifikation,[5]) und daß das Gesetz absichtlich der Beurteilung des einzelnen Falles den weitesten Spielraum lasse und es nicht Aufgabe der Theorie sei, diese Freiheit durch Doktrinarismus zu beschränken.[6])

Das mag richtig sein und ist ja auch in den Motiven ausgesprochen, immerhin wird man für die tatsächliche Gewalt, wenn auch nicht eine bestimmte Definition, so doch gewisse Kennzeichen, die regelmäßig vorkommen, finden können und feststellen müssen.

Wenn wir diese Kennzeichen suchen wollen, so müssen wir uns vorhalten, daß die Wurzeln der Lehre vom Besitz in der sinnlichen Erscheinung ruhen, die durch das körperliche Verhältnis einer Person zur Sache getragen wird. Wenn der Begriff der tatsächlichen Gewalt mit Strohal[8]) auch nicht „rein sinnlich" zu nehmen ist, so bildet die sinnliche Erscheinung doch die Hauptsache dabei. In diesem Sinne gebrauchen wenigstens die Motive, wie oben gezeigt, mehrfach das Wort. Es sei auch darauf hingewiesen, daß bei der Beratung des § 855 in der zweiten Kommission betont wurde, „daß die tatsächliche Gewalt immer physischer Natur sei. Wer die Sache im gewöhnlichen Besitze, habe dieselbe in seiner Gewalt".[9]) Ähnlich heißt es in der dem Reichstage vorgelegten Denkschrift — S. 106 —: „Die Vorschriften des Entwurfs beruhen auf dem Gedanken, daß der Besitzschutz dazu bestimmt ist, den Rechtsfrieden durch

---

[5]) Goldschmidt, Grundlage S. 75.

[6]) Strohal a. a. O. S. 70; Prot. S. 3334; 3335, Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes S. 15.

[8]) Strohal, Sachbesitz S. 4.

[9]) Komm., Prot. Bd. 6. S. 219.

Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu wahren."

Man muß deshalb auch jetzt noch Jherings Ausführungen gelten lassen[10]): „Das Sinnliche bildet auf allen Gebieten den historischen Ausgangspunkt des Übersinnlichen. Bei dem römischen Rechte beherrschte in ältester Zeit die derbsinnliche oder materialistische Anschauungsweise alle Begriffe und Rechtsinstitute. Erst der späteren Zeit gelang es, sich von diesen Banden der grobsinnlichen Anschauungsweise allmählich zu befreien und sich zu einer übersinnlichen spiritualistischen Anschauungsweise zu erheben . . . . Gerade auf dem Gebiete des Besitzes aber war dieser Fortschritt mit den größten Schwierigkeiten verbunden . . . . Denn der Besitz ist im Unterschiede von allen anderen Instituten auf das realistische Dasein des Verhältnisses gestellt, alle anderen Begriffe können das sinnliche Moment ausscheiden und haben es im Laufe der Entwicklung getan. Aber dem Besitz bleibt dasselbe seiner ursprünglichen Anlage, seinem Wesen nach immanent, es bildet ein Begriffsmoment seiner selbst, und nirgends sind daher die Schwierigkeiten, sich den Umklammerungen der Sinnlichkeit zu entziehen und dem Verhältnis eine von der äußeren Erscheinung unabhängige Gestalt zu verleihen, so groß wie hier."

§ 7.

Kennzeichen der tatsächlichen Gewalt.

Die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache tritt am meisten sinnfällig in die Erscheinung, wenn zwischen

---

[10]) Jhering, Besitzwille S. 95.

Person und Sache ein körperliches Verhältnis besteht, wie es Savigny als grundsätzlich erforderlich ansah. Es müssen schon ganz besondere Umstände vorliegen, wenn man in demjenigen, der einen Gegenstand in Händen hat oder ihn sonst allein körperlich berührt, nicht den Inhaber der tatsächlichen Gewalt sehen will. Von diesen besonderen Umständen abgesehen hat der Inhaber jedenfalls den Vorzug vor jedem anderen in der tatsächlichen Gewalt. Da man die tatsächliche Gewalt nicht rein sinnlich fassen darf, muß man allerdings die Maßgeblichkeit derartiger besonderer Umstände anerkennen.

Wollte man nun lediglich auf das körperliche Verhältnis von Person zur Sache sehen, so würde man zu dem theoretischen Ergebnis kommen, daß der größte Teil der im Verkehr befindlichen irdischen Güter nicht in der tatsächlichen Gewalt einer Person stände. Denn viele Sachen, zu denen Personen sonst auf Grund eines Rechtsverhältnisses in nahen unmittelbaren Beziehungen stehen, sind durch andere Körper von der Person räumlich so weit getrennt, daß diese eine körperliche Einwirkung auf die Sache nicht ausüben kann. Das Institut des Besitzes wäre von geringer Bedeutung, wenn es sich nur auf die Fälle körperlicher Berührung beziehen sollte. Man hat deshalb in der Literatur mit Recht den Begriff der tatsächlichen Gewalt weiter ausgelegt.

Wenn allerdings Windscheid ihn als die Möglichkeit, auf eine Sache physisch einzuwirken, definiert (vgl. oben), so schafft er damit m. E. einen unbestimmten und schlecht verwertbaren Begriff. Ich sehe aber mit Bekker und Heß darin, daß die Sache sich in Beziehung auf eine Person zwar in einem weiteren Raumverhältnisse, aber noch in deren Gewahrsam bezw. der sicheren Gebrauchssphäre

befindet, ein Kennzeichen derselben. Allerdings zwingt diese Lehre von der Macht des Gewahrsams zur Zulassung von mehr Ausnahmefällen als die Theorie von der Maßgeblichkeit des unmittelbaren körperlichen Verhältnisses, da die Gewahrsamssphäre natürlich weniger in die sinnliche Erscheinung tritt als das unmittelbare körperliche Verhältnis von Person zur Sache.[1])

Ein guter Wegweiser auf den Träger der tatsächlichen Gewalt ist auch die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Sache, auf die Jhering viel Gewicht legt. Wenn das corpus sich im Gewahrsam der Person befindet und außerdem die wirtschaftliche Zweckbestimmung auf den Beherrscher des Gewahrsamskreises hinweist, so erkennen wir in diesem wohl mit Sicherheit den Träger der tatsächlichen Gewalt; wenn nicht, so ist es allerdings nicht möglich, allein an der Hand der wirtschaftlichen Zweckbestimmung den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu finden; denn diese Eigenschaft der Sache weist nur auf eine Personengattung, nicht auf eine einzelne Person hin. Damit wir das einzelne Subjekt bestimmen können, müssen wir wieder auf das körperliche Verhältnis der Sachen zu den Personen sehen; dies körperliche Verhältnis kann dann in Verbindung mit der wirtschaftlichen Zweckbestimmung auch innerhalb der Gewahrsamssphäre eines andern den Inhaber der tatsächlichen Gewalt kenntlich machen.[2])

Nun erhält aber eine Sache erst dadurch ihre wirtschaft-

---

[1]) Burghoff, Besitzwille S. 39.

[2]) vgl. Neumann, Handausgabe, Sachenrecht, Anm. zu § 854: Das wichtigste Mittel zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist die Herstellung desjenigen Verhältnisses von Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist.

liche Zweckbestimmung, daß ihr dieser Stempel durch den Willensakt eines Menschen aufgedrückt wird. Da in unserem modernen Staate der Willensakt als Mittel zur Verfügung über Sachen geschützt wird, so vermag der erkennbar erklärte Wille eine infolge des räumlichen Verhältnisses fehlende Macht über Sachen zu ersetzen, was in § 854 Abs. 2 auch besonders festgelegt ist: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.“ Bei der Streitfrage nach der Bedeutung des Willensmomentes im Besitz kann man Burghoff zustimmen, welcher sagt[3]):

„Sonach ist der Wille überall dort von Bedeutung, und zwar als konkrete Gestalt des Herrschaftsmerkmals, wo sich eine Sache in einer mit dem Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung im Einklang stehenden Lage befindet, jedoch so, daß diese Lage noch nicht ein Verhältnis der Sache zu einer bestimmten Person darstellt.“ [4])

§ 8.

Der Begriff der tatsächlichen Gewalt und § 855.

Eine besondere Schwierigkeit für die Abgrenzung der tatsächlichen Gewalt bietet wegen seines Wortlautes § 855: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt . . .“

---

[3]) a. a. O. S. 41; ebenso Strohal a. a. O. S. 67.

[4]) Weiter brauchen wir auf die sehr bestrittene Bedeutung des Willensmomentes beim Besitz nicht eingehen, da dasselbe für die rechtliche Beurteilung unserer Fälle wenig in Betracht kommt. Wir können uns mit der schon zitierten Meinung der Motive begnügen, wonach eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt jedenfalls nicht erforderlich ist.

Der Sinn der Norm ist klar; sie will den wirtschaftlich oder sozial Übergeordneten vor Akten physischer Gewaltbetätigung des Untergeordneten, zu denen dieser nach den allgemeinen Besitzregeln auf Grund seines nahen räumlichen Verhältnisses zur Sache berechtigt wäre, schützen. Indessen läßt die Fassung der Norm nicht klar erkennen, welche Art von tatsächlicher Gewalt der Untergeordnete, den wir mit dem allgemein gebräuchlichen Ausdruck Besitzdiener[1]) bezeichnen wollen, nach der Meinung des Gesetzes ausüben soll.

Schon die Protokolle enthalten einen Widerspruch in der Auffassung des Verhältnisses von §§ 855 und 854. Zuerst[2]) heißt es, „der erstere Paragraph sei eine Erklärung des letzteren", weiterhin[3]) aber wird, wie oben gesagt, ausgeführt, daß § 855 eine Ausnahme von § 854 enthalte.

Dieser Widerspruch in der Auffassung des Verhältnisses von § 855 zu § 854 findet sich auch in der Literatur:

Bekker (Der Besitz beweglicher Sachen S. 43), Binder (Die Rechtsstellung des Erben S. 37), Endemann (Lehrbuch, Sachenrecht S. 131), Gärtner (Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust S. 139), Staudinger (Komm. Anm. 2 zu § 855), Planck (Komm. Bem. 1 zu § 855 S. 35) vertreten die Ansicht, der Besitzdiener habe nicht die im § 854 als Grundlage des Besitzes bezeichnete tatsächliche Gewalt, und § 855 sei nur eine Erläuterung des § 854.

Biermann (Komm. Bem. 1 zu § 855), Cosack (Lehrbuch S. 61), Dernburg (Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 49), Kipp (Pand. S. 691), Männer (Das Recht der Grundstücke S. 91), Neumann (Handausgabe Anm. zu

---

[1]) Bekker, Besitz beweglicher Sachen.

[2]) Komm., Prot. III S. 31.

[3]) vgl. S. 14 dieser Arbeit.

§ 855), Strohal (Sachbesitz S. 5), Wendt (Mittelbarer Besitz S. 60) sowie das Kammergericht (Rechtsprechung Bd. 2 S. 149) stehen auf dem Standpunkt, daß der § 855 bei den in ihm aufgeführten Personen tatsächliche Gewalt voraussetze und deshalb eine Ausnahmebestimmung von § 854 sei.

Ich neige der zweiten Meinung zu: Von den oben entwickelten Kennzeichen der tatsächlichen Gewalt finden wir nämlich bei den haus- und erwerbsuntertänigen Personen des § 855 jenes räumliche Verhältnis zur Sache, das ihnen vermöge ihrer physischen Kraft erlaubt, jeden Dritten von der Einwirkung auf die Sache abzuhalten. Hält der Besitzdiener sich in dem Gewahrsamskreise des Dienstherrn auf, so überwiegt indessen die tatsächliche Gewalt des Herrn, wenn die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Sache, wie das die Regel sein wird, auf den letzteren als Gewalthaber hinweist. Weist die Zweckbestimmung aber auf den Besitzdiener hin und besteht zwischen diesem und der Sache eine nahe körperliche Beziehung, so wird dadurch die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn ausgeschlossen und die des Besitzdieners dargetan. Ferner, da das Gesetz will, daß der Herr auch dann Besitzer bleibt, wenn die Sache durch den Diener vorübergehend aus dem Gewahrsam des Herrn entfernt wird, gebe ich dem Diener auch dann tatsächliche Gewalt, wenn die wirtschaftliche Zweckbestimmung des in seiner Hand befindlichen, dem Gewahrsam des Herrn entrückten Gegenstandes nicht auf ihn als Besitzberechtigten, sondern auf ihn als Besitzdiener hinweist.

Wollte man nicht annehmen, daß der Ausdruck tatsächliche Gewalt im § 855 dasselbe bedeute, wie in § 854, so wäre § 855 gänzlich verfehlt. Er spräche dann nur die sich schon aus § 854 ergebende Schlußfolgerung aus, daß der-

jenige, welcher nicht die tatsächliche Gewalt hat, auch nicht Besitzer sei. Es wäre auch zu auffallend, wenn das BGB. so flüchtig redigiert sein sollte, daß man ein und demselben Ausdruck in zwei aufeinanderfolgenden Bestimmungen verschiedene Bedeutung beigelegt haben sollte.

§ 9.

Das Moment der tatsächlichen Gewalt beim mittelbaren Besitz.

Eine weitere Schwierigkeit bei der Streitfrage nach dem Wesen der tatsächlichen Gewalt enthalten die Bestimmungen über den mittelbaren Besitz.

Hat der „Auchbesitzer" tatsächliche Gewalt?

Das räumliche Verhältnis von Person zur Sache wird beim mittelbaren Besitzer gewöhnlich nicht so nahe sein als beim unmittelbaren; ebenso wird die Sache sich im allgemeinen in dem Gewahrsam des räumlich näherstehenden unmittelbaren Besitzers befinden; die wirtschaftliche Zweckbestimmung dürfte als Wegweiser auf den Inhaber der tatsächlichen Gewalt versagen, da sie in gleicher Weise auf mittelbaren und unmittelbaren Besitzer hinzeigen wird; der Wille der Parteien aber ist in den Fällen des mittelbaren Besitzes erkennbar dahin erklärt, daß der unmittelbare Besitzer allein die Sache gebrauchen, daß er also allein die tatsächliche Gewalt haben soll. M. E. wird deshalb der mittelbare Besitzer durch den unmittelbaren in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt ausgeschlossen, so daß er keinerlei tatsächliche Gewalt hat.[1])

[1]) Anderer Meinung ist Kniep, Der Besitz des BGB. S. 315, der aus den dem mittelbaren Besitzer verbliebenen Befugnissen die tatsäch-

Diese Ansicht läßt sich zwar durch die Motive nicht direkt belegen, weil der erste Entwurf das Institut des mittelbaren Besitzes nicht kannte; setzen wir aber an die Stelle des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers den sachlich gleichstehenden Inhaber und Oberinhaber, so sehen wir diese Ansicht auch in den Motiven vollkommen bestätigt.[2] [3])

Mit der vorgetragenen Auffassung steht im Einklang, daß im § 870 eine besondere Bestimmung über den Erwerb des mittelbaren Besitzes gegeben wird, welche einen Übergang desselben durch bloßen Vertrag zuläßt, ohne daß der Erwerber wie nach § 854 bei dem konsensualen Übergang des unmittelbaren Besitzes in der Lage zu sein braucht die tatsächliche Gewalt auszuüben.[4])

---

liche Gewalt konstruiert. Buhl, Das Recht beweglicher Sachen, S. 39, will es auf den einzelnen Fall ankommen lassen. M. E. wird auch dann, wenn im einzelnen Falle eine tatsächliche Beziehung zwischen dem mittelbaren Besitzer und der Sache bestehen sollte, der sein Recht ausübende unmittelbare Besitzer den mittelbaren von der t. G. ausschliessen. Einen ähnlichen Standpunkt wie Kniep und Buhl vertreten Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 2 S. 15 und Bekker a. a. O. S. 68.

[2]) vgl. die Ausführungen in § 3 der Arbeit.

[3]) Burghoff, Besitzwille S. 14, hat dies eingehend durch Gegenüberstellung der Bestimmungen des ersten und zweiten Entwurfes dargelegt.

[4]) Ebenso versagen dem mittelbaren Besitzer die t. G.: Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. 2 § 23 S. 77; Wendt, Der mittelbare Besitz S. 25 ff.

§ 10.

Das zeitliche Moment bei der tatsächlichen Gewalt.

In den meisten Lehrbüchern und Kommentaren des BGB. wird neben den besprochenen Kennzeichen der tatsächlichen Gewalt noch ein weiteres behandelt.

Dernburg sagt in seinem „Bürgerlichen Recht Deutschlands und Preußens“: „Es handelt sich bei der tatsächlichen Gewalt nicht um etwas Augenblickliches, vielmehr um einen befestigten dauernden Zustand.“ [1])

Nach Jhering [2]) bildet bei allen anderen Rechten die rechtserzeugende Tatsache, die transitorische, Voraussetzung des Rechts, beim Besitz dagegen die permanente.

Das Gesetz berührt diesen Punkt durch § 856 Abs. 2.: „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.“

Es wäre verfehlt, wenn man aus dieser Vorschrift folgern wollte, daß tatsächliche Gewalt nur bei längerer Dauer eines der oben gezeichneten qualifizierten räumlichen Verhältnisse vorhanden sei. In dieser Beziehung hat Jhering für das gemeine Recht treffend ausgeführt, daß jemand auch auf sehr kurze Zeit Besitzer werden könne. [3]) In diesem Sinne muß auch wohl Dernburg verstanden werden; das hat weiter Pininski, der nach den Ausführungen im Anfang der Arbeit (§ 1), scheinbar anderer Ansicht ist, klar ausgesprochen [4]):

---

[1]) Bd. 3. S. 43.

[2]) Besitzwille S. 71.

[3]) Besitzwille S. 515.

[4]) a. a. O. S. 254.

„Auf lange Dauer braucht zwar jede Detention nicht berechnet zu sein.“

Die zitierte Bestimmung will, da sie nach den Motiven nur Mißverständnissen in der Richtung des unfreiwilligen Besitzverlustes vorbeugen soll, jedenfalls in der Richtung der Besitzbegründung keine Direktiven geben; die Begründung kurzer Besitzverhältnisse will sie nicht ausschließen.[5])

Was das zeitliche Moment bei der tatsächlichen Gewalt weiter anlangt, so darf man auch darin nicht ein unbedingt geltendes Kriterium erblicken, daß die Dauer der tatsächlichen Gewalt von vornherein endweder bestimmt oder unbestimmt ist. Denn viele Besitzverhältnisse werden auf unbestimmte Zeit begründet.[6]) Wenn allerdings von vornherein eine längere bestimmte Dauer vorgesehen ist, mag man immerhin tatsächliche Gewalt annehmen.

Man kommt deshalb zu dem Schluß, daß das zeitliche Moment für den Begriff der tatsächlichen Gewalt wenig charakteristisch ist. Nur das läßt sich auf Grund der bisherigen Ausführungen über die Kennzeichen der tatsächlichen Gewalt feststellen, daß sie dann nicht erlangt wird, wenn die Dauer der Inhabung so kurz ist, daß ein Gebrauch der Sache

---

[5]) Mot. S. 140.

[6]) Jhering a. a. O. S. 517. und Kommissionsprot. S. 31: „Die Revisionskommission stellte die ursprüngliche Fassung (des § 855) ‚oder in einem ähnlichen Verhältnisse‘ wieder her, da bei der Fassung ‚oder in einem sonstigen Verhältnisse‘ zweifelhaft sein könne, ob auf die Leihe, bei welcher die Dauer weder bestimmt, noch aus ihrem Zwecke zu entnehmen sei, auf die Hinterlegung, bei welcher zu jederzeit zurückgefordert werden könne, nicht § 778 (855) Anwendung finden würde. was mit § 790 (868) zweifellos nicht vereinbart wäre.

nach ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung unmöglich ist.

Das wird man auch für die Fälle feststellen können, in denen sonst charakteristische Kennzeichen, als nahes räumliches Verhältnis, Gewahrsam und Willenskundgebung, auf das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt hinweisen.

§ 11.

Die einzelnen Fälle der momentaria detentio in besitzrechtlicher Beziehung; der Inhaber der tatsächlichen Gewalt.

Nachdem wir die Kennzeichen der tatsächlichen Gewalt bestimmt haben, müssen wir prüfen, wer sie in den einzelnen Fällen der momentaria detentio inne hat.

Allen Tatbeständen ist nun zunächst gemeinsam, daß die Sache sich räumlich nahe bei einer Person befindet; diese berührt sie mit der Hand, trägt sie, sitzt auf ihr usw. Die Person hat die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und Dritte von jeder Einwirkung auszuschließen.

Das ist jedem Dritten ohne weiteres erkennbar, sinnlich wahrnehmbar.

Im Übrigen weisen die Fälle untereinander aber mehrere Unterscheidungsmerkmale auf, und zwar unterscheidet sich die Allgemeinheit derselben erheblich von den insbesondere von Pininski hervorgehobenen, denen Jhering noch einige ähnliche zugestellt hat. Zu der Allgemeinheit rechne ich folgende Fälle:

D. — vgl. wegen der Bezeichnung die Anm. 11 in § 1

der Arbeit — reicht seinem Freunde P. ein Buch aus dessen Bibliothek, daß er beim Suchen zuerst gefunden hat;

ein Herr hebt seiner Dame im Ballsaal den herabgeglittenen Fächer auf;

bei einem Besuche nimmt jemand auf einem Stuhle Platz;

im Theater leiht sich ein Zuschauer von seinem Nachbar ein Opernglas;

im Eisenbahnwagen ein Reisender von dem Mitfahrenden ein Kursbuch;

bei einem Notar benutzt die erschienene Partei einen dort liegenden Federhalter zur Unterzeichnung der aufgenommenen Urkunde;

ein Gast im Wirtshaus bedient sich an der Tafel des Messers und der Gabel;

er holt sich die ausliegende Zeitung;

auf dem Markt besichtigt ein Eierhändler eines der verkäuflichen Eier;

im Geschäftslokal besichtigt ein Kunde die Muster des Reisenden;

auf der Straße läßt sich jemand von einem Bekannten einen Ring zeigen, in dem er einen ihm früher abhanden gekommenden wiederzuerkennen meint;

im Fundbureau läßt er sich zur Wiedererlangung einer verlorenen Sache die daselbst eingelieferten vorlegen;

ein Fahrradschüler benutzt zum Erlernen des Radfahrens ein Fahrrad des Händlers in dessen Bahn;

ein Dienstmann begleitet einen Reisenden mit dessen Gepäck zur Bahn.

Bei diesen Fällen besteht zwischen dem Eigentümer, dem P. der Beispiele, und der Sache ebenfalls ein körperliches

Verhältnis, das sich in der Gegenwart dieser die Sache nicht unmittelbar in Händen haltenden Personen äußert und als solches auch für Dritte sinnlich wahrnehmbar ist. In diesen Fällen hat P. vermöge seiner Gegenwart ebenso wie D. die physische Möglichkeit auf die Sache körperlich einzuwirken, wenn er auch insofern hinter D. zurücksteht, als er den Gegenstand erst ergreifen muß und dies auch nur dann kann wenn D. ihn nicht durch körperliche Kraft daran hindert. Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Gegenstände läßt sich feststellen, daß P. Gewahrsam an ihnen hat; die rechtliche Beziehung zwischen ihm und der Sache ist einem Dritten, der den Vorgang der Begebung an D. verfolgt hat, leicht erkennbar, da die Inhabung D.'s unter P.'s Augen und unter seiner Aufsicht, innerhalb bestimmter Schranken erfolgt.

In den Bekker'schen Fällen, wenn jemand einen Stein nimmt nach Früchten zu werfen, wenn der Dieb die Leiter aus dem Hinterhause holt, um im Vorhause einzusteigen, usf., findet eine Aufsicht des Eigentümers freilich nicht statt; aber die Inhabung ist in diesen Fällen eine ganz ausergewöhnlich momentane. Der Stein auf der Straße, der für die Zeit von Jahren zur Befestigung des Weges oder zu einem ähnlichen Zweck dienen soll, vermag während der kurzen Zeit, da er sich in D.'s Händen befindet, seine eigentliche Zweckbestimmung nicht zu erfüllen. Bei der von dem Dieb benutzten Leiter ist dies allerdings der Fall; die Leiter würde aber auch von einem Dritten, der dem Dieb beobachtet hat, als Zubehör des Hinterhauses angesehen werden; sie befindet sich, auch während sie von den Dieb benutzt wird, offensichtlich im Gewahrsam des Besitzers des Hauses.

Aus diesen Gründen wird man in allen Fällen der All-

gemeinheit, sowie in den Bekker'schen, die man als die eigentlichen bezeichnen darf, dem Inhaber die tatsächliche Gewalt versagen und sie dem Eigentümer, bezw. dem Hingeber der Sache zusprechen.

Die Sachlage ändert sich, sobald der Inhaber seinen Willen dahin kundgibt, daß er die Sache behalten wolle; wenn dann der Eigentümer oder Besitzberechtigte seine tatsächliche Gewalt nicht sofort durch Entsetzung des Inhabers geltend macht, so muß man dem erkennbar hervorgetretenen Willen des Inhabers die Wirkung der Begründung tatsächlicher Gewalt in seiner Person beimessen.[1])

Bei den Pininski'schen und verwandten Fällen – ich erinnere an die Wegnahme einer Reisetasche durch den Freund zum Gebrauch bei einer mehrtägigen Reise, an die Miete eines Opernglases vom Logenschließer, eines Nachens auf dem See — ist der Eigentümer oder Besitzberechtigte räumlich weiter von der Sache getrennt, als bei der Allgemeinheit der Fälle der momentaria detentio; er ist deshalb nicht in der Lage, die Gegenstände für sich zu gebrauchen; ein unbeteiligter Dritter kann nur auf Grund besonderer Wissenschaft zu der Kenntnis gelangen, daß hinter der des Inhabers noch eine andere Person steht. Die Gegenstände vermögen in der Person des Inhabers ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung zu erfüllen und tun dies auch.

Wie Pininski[2]) selbst hervorgehoben hat, tragen diese

---

[1]) Ebenso Biermann a. a. O. 3 Bem. 2a zu § 855; Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht S. 229 Anm. 3; Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 82; Strohal, in Jherings Jahrbücher Bd. 38 S. 13.

[2]) vgl. oben § 1 der Arbeit Anm. 2.

Verhältnisse auch nicht so sehr einen momentanen als vorübergehenden Zeitcharakter.

Diese Umstände führen dazu, daß man das räumliche Verhältnis zwischen dem Eigentümer oder Besitzberechtigten nicht mehr als tatsächliche Gewalt bezeichnen kann, und dieselbe vielmehr dem Inhaber verleihen muß.

Bei den von Strohal angeführten Fällen[3]) der Benutzung von Karten in einem Restaurant und von Kegelkugeln in der Kegelbahn des Gastwirts macht die Verteilung der tatsächlichen Gewalt insofern einige Schwierigkeit, als die Gegenstände sich offensichtlich im Gewahrsam des Eigentümers, des Wirts, befinden, aber auch in der Person ihrer Inhaber die wirtschaftliche Zweckbestimmung erfüllen. Hier entscheide ich mich dahin, daß die tatsächliche Gewalt den Inhabern zusteht, weil ihnen die Sachen von vornherein auf eine bestimmte längere Zeit überlassen sind, und dieser Umstand einem Dritten in der Regel erkennbar ist.

§ 12.

Die Person des Besitzers.

Nachdem wir in den einzelnen Fällen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt ermittelt haben, bleibt noch festzustellen, wie sich die Besitzverhältnisse mit Rücksicht auf die Bestimmungen über Besitzdienerschaft und mittelbaren Besitz gestalten. Von verschiedenen Schriftstellern ist darauf hingewiesen, daß in allen Fällen der momentaria detentio ein Besitzdienerverhältnis bestehe.[1]) Sie

[3]) vgl. oben § 1 der Arbeit Anm. 5.

[1]) Endemann a. a. O. § 33 S. 134; Buhl a. a. O. S. 22.

gehen davon aus, daß nach den Protokollen für das im § 855 bezeichnete Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzherren und Besitzdiener entscheidend sein solle, daß demjenigen, der den Besitz für einen anderen ausübe, ein zivilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht dem Besitzer gegenüber nicht zustehe.[2]) Indem sie behaupten, daß dem Besitzberechtigten in den Fällen der momentaria detentio ein sofortiges Rückforderungsrecht gegen den Inhaber zustehe, folgern sie, daß sich aus diesem Recht auf sofortige Rückgabe ein ähnliches Verhältnis im Sinne des § 855 ergebe, nach dem der Inhaber den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Besitzers Folge zu leisten habe.

Auch wird die Meinung vertreten, daß durch die soziale Gesellschaftsordnung in diesen Fällen ein Unabhängigkeitsverhältnis begründet werde: „Solche Abhängigkeit kann aber nicht nur in der im § 855 bezeichneten Weise, sondern auch dadurch herbeigeführt sein, daß jemandem die Ausübung zwar für sich, aber nur ganz vorübergehend, nur innerhalb bestimmter Schranken und unter den Augen, unter der Aufsicht eines zur Wahrung der von ihm gezogenen Schranken jederzeit Befugten gestattet ist.“[3])

„Auch Vorgänge des gesellschaftlichen Verkehrs können das Verhältnis (des § 855) begründen; z. B. bei Einladungen wird der Gast als Besitzdiener der Teller, Messer und Gabeln erscheinen.“[4])

Diese Meinungen sind m. E. insoweit richtig, als der

---

[2]) III S. 31.

[3]) Strohal a. a. O. S. 12.

[4]) Kober Kommentar Anm. 3 z. § 855 S. 14.

Ausdruck „ähnliches Verhältnis“ im § 855 besagen will, daß das Verhältnis denen des Haushaltes und des Erwerbsgeschäftes darin ähnlich sein soll, daß jemand in Beziehung auf die Sache den Weisungen des anderen Folge zu leisten hat,[5]) und weiter insoweit, als derartige Abhängigkeitsverhältnisse in erster Linie durch die soziale Ordnung geschaffen werden. Aber falsch sind sie im übrigen m. E. deshalb, weil die Gesellschaftsordnung zwischen dem Besitzer einer Sache, und demjenigen, dem ersterer sie auf kurze Zeit überläßt, ein Abhängigkeitsverhältnis nicht begründet; dies läßt der Grundsatz der gesellschaftlichen Gleichberechtigung nicht zu. Wenn der Inhaber die Sache auch jederzeit sofort zurückgeben muß, so braucht er nach den Regeln der Gesellschaftsordnung doch nicht den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Gebers Folge zu leisten. Wenn z. B. der Fahrgast sich von seinem Mitreisenden ein Kursbuch leiht, so ist er nicht verpflichtet, aus demselben für den Mitreisenden die Reiseroute zusammenzustellen.

Auch die Verpflichtung zur sofortigen Rückgabe der Sache, die auf die Aufhebung des zwischen Geber und Empfänger bestehenden Verhältnisses zielt, kann nicht die Grundlage eines Abhängigkeitsverhältnisses sein.

M. E. würde, wenn man die momentaria detentio unter § 855 brächte, der Begriff der tatsächlichen Gewalt mit dem des Abhängigkeitsverhältnisses vermengt, indem das Abhängigkeitsverhältnis aus den Voraussetzungen der tatsächlichen Gewalt gefolgert würde. Es stellt aber die tatsächliche Gewalt nur die Beziehung von Person und

---

[5]) Planck a. a. O. S. 36 im Anschluß an die Mot.

das Abhängigkeitsverhältnis diejenige von Personen zu Personen dar.

In zwei von uns angeführten Fällen der momentaria detentio besteht allerdings zweifellos ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Geber und Nehmer der Sache; nämlich zwischen dem Reisenden und seinem Gepäckträger, und zwischen dem Fahrradhändler und seinem Schüler. Dasselbe wird aber hier durch einen Dienstvertrag, bezw. Lehrvertrag und nicht durch die Verpflichtung zu sofortiger Rückgabe begründet. Da wir in diesen Fällen dem Eigentümer oder Besitzberechtigten die tatsächliche Gewalt zugeschrieben haben, so kann auch hier ein Besitzdienerverhältnis nicht in Frage kommen.

Wenn wir sonach in den Fällen der Allgemeinheit Beispiele unmittelbarer Sachinhabung erhalten, die sich unter die Regeln des Besitzes nicht unterordnen lassen, so darf das gegenüber unsern Ausführungen über das Wesen der tatsächlichen Gewalt nicht befremden.

„Die Frage, ob es nicht noch andere Fälle unselbständiger Inhabung gibt, wird durch § 855 nicht verneint, sondern offen gelassen.“ [6])

In den Pininskischen und den verwandten Fällen hat der Inhaber mit Herstellung des körperlichen Verhältnisses

[6]) Strohal, Sachbesitz S. 12. Ebenso hat sich Kohler im Archiv für bürgerliches Recht ausgesprochen (Bd. 18 S. 82): „Der Gast ist weder unmittelbarer Besitzer noch Besitzgehilfe in bezug auf Löffel und Gabel, die man ihm vorlegt; der Stadtkoch, der in meiner Küche die von ihm gebrachten Speisen zurichtet, ist weder unmittelbarer Besitzer, noch Besitzgehilfe bezüglich des Küchengerätes, und ebensowenig bin ich Besitzer oder Besitzgehilfe bezüglich der Zeitung, die ich im Café in Händen habe. In allen diesen Fällen hat der bisherige Besitzer seinen unmittelbaren Besitz und er behält ihn weiter.“ Ähnlich hat sich Biermann a. a. O. (§ 855) ausgesprochen.

Besitz erlangt. Wenn, wie bei Pininski insbesondere, zwischen dem P. und dem D. der Beispiele kein Verhältnis besteht, vermöge dessen D. zum Besitze auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist, so ist D. alleiniger Besitzer geworden. P. hat ihn verloren; nach Lage der Sache kann man allerdings bei einigen Tatbeständen, z. B. der „Leihe“ einer Reisetasche, zu der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung über die Gestattung des Gebrauches gelangen; dann ist allerdings P. mittelbarer Besitzer geblieben.

Wenn Gasthausgäste mit den Karten des Wirts spielen oder seine Kegelkugeln benutzen, oder wenn ein Theaterbesucher vom Logenschließer ein Opernglas für die Dauer der Vorstellung leiht, so besitzt der Inhaber in diesen Fällen auf Grund eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er dem Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, und dieser ist mittelbarer Besitzer geblieben.

§ 13.

Der Besitzschutz in den Fällen der momentaria detentio.

Was den Besitzschutz in den eigentlichen Fällen der momentaria detentio anlangt, so braucht nur festgestellt zu werden, daß dem detentor mit der tatsächlichen Gewalt auch die Klage und das Selbsthilferecht aus dem Besitz fehlt; hinsichtlich der Pininskischen Fälle, in denen der detentor dem Vorbesitzer ohne dessen Willen die Sache weggenommen hat, genügt es zu erwähnen, daß der detentor mit dem Besitz Dritten gegenüber auch die Besitzklagen und das Selbsthilfe-

recht erworben hat, wegen seines Verhältnisses zu dem Vorbesitzer kann auf die Ausführungen in § 5 der Arbeit über die heutige Gestalt der Besitzlehre verwiesen werden; die Fälle, in denen die Existenz eines mittelbaren Besitzverhältnisses angenommen ist, bedürfen dagegen noch einer Erörterung.

Nach § 869 hat der mittelbare Besitzer ein akzessorisches Klagerecht aus dem Besitz gegen denjenigen, welcher gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht übt. Ein besonderes Klagerecht aus dem Besitz gegen den unmittelbaren Besitzer ist dem mittelbaren Besitzer nichtgewährt.[1]) Ebenso ist ihm das Recht der Selbsthilfe in Gemäßheit des § 859 nicht verliehen. Denn dieses Recht wurzelt in der gefestigten Rechtsstellung des die tatsächliche Gewalt allein ausübenden unmittelbaren Besitzers.[2])

Da der mittelbare Besitzer keine tatsächliche Gewalt hat, so wäre es ein Unding, wenn er des Selbsthilferechtes teilhaftig wäre.[3])

---

[1]) Wendt, Gutachten in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages Bd. 3 1898 S. 6.

[2]) vgl. § 9 der Arbeit.

[3]) „Verbotene Eigenmacht kann sich naturgemäß nur gegen den unmittelbaren Besitzer richten." Neumann a. a. O. § 896 Anm. 1; Motive S. 127. „Schon die Motive erklären, das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht richte sich gegen den Vertreter, aus der Person des Vertreters entscheide sich die Frage, ob ohne den Willen des Inhabers von einem Dritten auf die Sache eingewirkt ist und somit der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht vorliegt. Dieser Standpunkt des ersten Entwurfs wurde in der zweiten Kommission ausdrücklich gebilligt, Anträge auf Erweiterung des Besitzschutzes für den mittelbaren Besitzer wurden verworfen. Die Mehrheit erwog (Prot. III S. 226), es sei nicht richtig, dem mittelbaren Besitzer selbständigen Besitzschutz

Sonach kann in den Fällen, in denen wir D. mit tatsächlicher Gewalt ausgerüstet haben, P. gegen ihn im Wege der Selbsthilfe nicht vorgehen, wenn er die Herausgabe der Sache verweigert. Ebensowenig darf P. gegen einen Dritten, der die Sache ohne Willen des D. wegnimmt, Gewalt üben, muß dies vielmehr dem D. überlassen.

§ 14.

Petitorische Rechtslage. § 1006 BGB.

Mit der Beurteilung der besitzrechtlichen Lage in den Fällen der momentaria detentio ist der Hauptpunkt der Arbeit, der Hauptgegenstand der Streitfragen, erledigt. Es erübrigt noch, einen Blick auf die petitorische und obligatorische Rechtslage zu werfen.

Bei der Prüfung der petitorischen Rechtslage können wir auf die materiellen Eigentumsverhältnisse mangels näherer Anhaltspunkte für die Art des rechtsgeschäftlichen Erwerbes der Sache durch die in Betracht kommenden Inhaber nicht eingehen. Indes bietet die vorstehend ge-

---

zu gewähren. Zum Schutze gegen Übergriffe des vermittelnden Besitzers reichten die petitorischen Rechtsmittel aus. Gehe die Verletzung des Besitzes von einem Dritten aus, so sei es zunächst Sache des vermittelnden Besitzers, sich die Sache wieder zu verschaffen. Die Zulassung konkurrierender Besitzklagen des vermittelnden und des mittelbaren Besitzers würde zu Verwirrungen führen (Prot. IV S. 585 u. Denkschrift S. 114); Biermann a. a. O. Anm. 3 zu § 869 S. 40. Ebenso Strohal a. a. O. S. 121; Cosack a. a. O. Bd. 3 § 190 S. 82; Planck a. a. O. Bd. 3 S. 60; Staudinger a. a. O. Bd. 3 Anm. 2 zu § 869 S. 39; Endemann a. a. O. § 32 S. 128. A. M. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7; Bekker a. a. O. S. 69; Gärtner a. a. O. S. 151 ff.

schilderte Besitzlage unter Berücksichtigung der §§ 1006 und 1007 BGB. einige bedeutsame Anhaltspunkte.

Nach § 1006 wird zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei.

Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt.

Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei.

Im Falle des mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer.

Da § 1006 sonach von dem Besitzer ausgeht, so müssen wir diejenigen Beispiele, in denen der Inhaber der tatsächlichen Gewalt mit der Herstellung des körperlichen Verhältnisses Besitz erlangte, von denjenigen, in denen dies nicht der Fall war, bei der folgenden Erörterung trennen.

Hinsichtlich der ersteren scheint der letzte Absatz des § 1006 den Fällen des mittelbaren Besitzes eine Sonderstellung zuzuweisen. Man könnte geneigt sein anzunehmen, daß bei ihnen dem mittelbaren Besitzer im Verhältnis zum unmittelbaren die Vermutung stets zu statten komme. Das trifft aber nicht zu. Denn auch für den mittelbaren Besitzer gilt Satz 2 des ersten Absatzes. Wenn wir mit unserm Regelfall voraussetzen, daß D. die Herausgabe der Sache deshalb weigert, weil er sie als die seinige erkennt, so muß er, guten Glauben vorausgesetzt, früher Besitz gehabt haben, der ihm abhanden gekommen ist. Deshalb kann P. ihm gegenüber sich nicht auf die Eigentumsvermutung des § 1006 berufen.

D. dagegen kann sich auf Grund seiner Besitzerstellung auf die Vermutung stützen, da ihm niemand gegenübersteht, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.

In den Fällen, in denen in der Person des Inhabers durch Herstellung des körperlichen Verhältnisses Besitz noch nicht begründet wurde, den eigentlichen Fällen m. d., muß man annehmen, daß mit dem Erwerb des Besitzes, der durch Erklärung der Herausgabeweigerung eintritt, dem Vorbesitzer Besitz im Sinne des § 1006 abhanden gekommen ist. In diesen Fällen steht dem D. aus seinem früheren Besitze die Vermutung zur Seite, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer gewesen ist. P. wird für die Zeit seines Besitzes durch eine gleiche Vermutung D. gegenüber nicht unterstützt, weil D. sich auf das Abhandenkommen der Sache berufen kann. Das Moment des Abhandenkommens kommt aber auch P. zugute, insofern D. aus seinem jetzigen Besitzstand, den er durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, eine Eigentumsvermutung für sich nicht in Anspruch nehmen kann.

§ 15.

§ 1007.

Nach § 1007 BGB. kann derjenige, welcher eine bewegliche Sache im Besitz gehabt hat, von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser beim Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war. (Abs. 1).

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann der frühere Besitzer die Herausgabe auch von einem gut-

gläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist, oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. (Abs. 2 Satz 1).

Die Ansprüche sind ausgeschlossen, wenn der frühere Besiter bei dem Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war, oder wenn er den Besitz aufgegeben hat. (Abs. 3 Satz 1.)

Indem ich bei der Anwendung dieser Norm die eigentlichen Fälle der m. d. vorwegnehme, werde ich zur Erlangung eines vollständigen Überblicks zunächst den Einfluß dieser Bestimmungen auf die Rechtsverhältnisse vor dem Übergang des Besitzes von P. auf D. untersuchen. Hier spielt D. die Rolle des früheren, P. die des gegenwärtigen Besitzers in einem Rechtsstreite.

Wenn die Sache dem D. abhanden gekommen ist, so kann auf seiner Seite vor dem Besitzübergang eine Aufgabe des Besitzes nach Abs. 3 nicht in Frage kommen. Auch für die Annahme mangelnden guten Glaubens, wie er in demselben Absatz verlangt wird, fehlt jede Grundlage.

Der erste Anspruch aus § 1007 Abs. 1 setzt bösen Glauben des Besitzers beim Erwerbe voraus. Es fehlen aber bei P. ebenso wie bei D. Anhaltspunkte für die Annahme, daß er seinen Besitz bösgläubig erworben habe, da er ihn in einer Versteigerung oder durch Fund erlangt haben kann. Damit fällt der erste Anspruch aus § 1007.

Dagegen greift Abs. 2, der bei abhanden gekommenen Sachen auch den gutgläubigen Besitzer zur Herausgabe verpflichtet, insoweit durch, als die Sache dem D. früher abhanden gekommen ist. P. würde sich gegen diesen Anspruch wahrscheinlich auf die Einrede des Eigentums berufen.

Zum Beweise derselben müßte er aber, da er als Besitzer nicht mit einer Eigentumsvermutung ausgestattet ist, seinen Erwerbsgrund aufdecken und somit einen schwierigen Beweis führen.

Nach § 1007 Abs. 3 Satz 2 finden die §§ 986, 1003 Anwendung.

Der hier nur interessierende § 986 Abs. 1 Satz 1 lautet: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.“ Es ergibt sich schon aus den vorstehenden Ausführungen, daß P. ein derartiges Recht haben kann, möglicherweise ist es ein Zurükbehaltungsrecht, — jedenfalls aber müßte er auch die Existenz dieses Rechts darlegen.

Vor der Besitzergreifung nimmt D. sonach in Ansehung der Sache eine günstige Position P. gegenüber ein.

Bei der Untersuchung der Rechtslage nach dem Übergange des Besitzes von P. auf D. kommt P. auf der aktiven und D. auf der passiven Seite des Herausgabeverhältnisses in Betracht.

Wie vorher bei D., so wird auch jetzt bei P. keiner der Ansprüche aus § 1007 durch mangelnden guten Glauben, beim Besitzerwerb und Aufgabe des Besitzes ausgeschlossen.

Da sofort ersichtlich ist, daß der im Absatz 2 bei abhanden gekommenen Sachen gegen den gutgläubigen Besitzer gewährte Anspruch hier nicht zutrifft, weil D. demselben entgegenhalten könnte, daß die Sache ihm vor der Besitzzeit P.'s abhanden gekommen wäre, so bleibt nur zu prüfen, ob D. in gutem Glauben ist, wenn er den Besitz erlangt.

Nun involviert der der Herausgabeverweigerung an-

haftende Charakter der verbotenen Eigenmacht den bösen Glauben noch nicht.[1]) Allerdings würde ihm nicht nur die Kenntnis seiner Nichtberechtigung, sondern wie aus dem § 932 Abs. 2 BGB., der den Begriff des guten Glaubens näher bestimmt,[2]) zu entnehmen ist, auch auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis schaden. Die vom Gesetz nicht näher umschriebene grobe Fahrlässigkeit setzt, da gewöhnliche Fahrlässigkeit nach § 276 BGB. Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bedeutet, eine größere Außerachtlassung der Sorgfalt voraus. Man wird mit Wendt[3]) maßgebend sein lassen, „ob das Verhalten des Erwerbers den Vorwurf verdient, sich der Einsicht in die Verhältnisse und dem entscheidenden Wissen leichtfertig entzogen und etwaige sich aufdrängende Verdachtsmomente unberücksichtigt gelassen zu haben."

Bei derivativem Besitzerwerbe ist nun guter Glaube vorhanden, wenn der Erwerber weiß, bezw. ohne grobe Fahrlässigkeit nicht weiß, daß sein Besitzvorgänger kraft eines Rechts zur Besitzeinräumung und er auf Grund eines Titels zur Besitzergreifung berechtigt ist.[4]) Bei eigenmächtiger Besitzergreifung muß der Erwerber dagegen, wenn er den Besitz einem andern entzieht, zur Wahrung der Gutgläubigkeit prüfen, ob er zum Besitze berechtigt ist, und der Besitzvorgänger nicht ein besseres Recht

---

[1]) Cosack a. a. O. § 190 IV, 2e. S. 89; Gierke a. a. O. S. 51, 52; Bendix im Recht 1900 S. 47.

[2]) Planck a. a. O. Anm. 2b zu § 1007 S. 282.

[3]) Wendt im Arch. ziv. Pr. Bd. 89 S. 7.

[4]) Pflüger in Jherings Jahrbüchern Bd. 35 S. 455; a. M. Cosack a. a. O. § 190 S. 89.

hat.[5]) Hierauf braucht nun die Tatsache des Besitzes allein noch nicht hinzuweisen. Wenn dem Eigenmächter aber erkennbar ist, daß der Besitzvorgänger sich ihm gegenüber für besitzberechtigt hält, so muß ihn das veranlassen, den Titel desselben zu prüfen.

Auf Grund der feststehenden Tatsache des früheren Eigentums und des Abhandenkommens hat D. zur Zeit der Besitzergreifung Anhaltspunkte für seine eigene Besitzberechtigung, anderseits weist ihn aber in allen Fällen der momentaria detentio die ganze Situation daraufhin, daß auch P. an seinem Besitzrechte nicht zweifelt. Er hat also Veranlassung, ihn nach dem Grunde seines Besitzerwerbes zu fragen. Dabei kann sich dann ausweisen, wer besser berechtigt ist. Wenn er aber jegliche Nachfrage unterläßt, so geht er auf die sich aufdrängenden Momente nicht ein, er entzieht sich der Einsicht in die Verhältnisse und bildet sein Urteil über sein Recht zur Besitzergreifung leichtfertig, ohne Unterlage. Dann erwirbt er die Sache nicht in gutem Glauben und verschafft dadurch P. die Möglichkeit, auf Grund des § 1007 Abs. 1 gegen ihn vorzugehen.

Wenn er wirklich ein besseres Recht haben sollte als P, so bleibt es ihm natürlich überlassen, dasselbe, gestützt auf § 1007 Abs. 3, geltend zu machen. Sein etwaiges Eigentumsrecht genügt hierzu aber nicht, da P., wie oben gezeigt, auch bei unveränderter Eigentumslage ein ihm gegenüber zum Besitze berechtigendes Recht erworben haben kann. Ohne weitere tatsächliche Unterlagen wird ihm die Darlegung eines besseren Rechts kaum möglich sein.

---

[5]) Er muß zur Besitzergreifung „befugt sein". Vgl. Gierke a. a. O.

Während sonach in den eigentlichen Fällen der momentaria detentio vor der Besitzergreifung der Inhaber dem Besitzer gegenüber eine günstige Rechtsposition einnimmt, ist sie nach einer ohne Prüfung der Verhältnisse erfolgten Herausgabeweigerung äußerst ungünstig.

Im übrigen kommt es darauf an, ob bei der Begründung des momentanen Detentionsverhältnisses mittelbarer Besitz entstanden ist, wie in den Jheringschen Beispielen; oder ob nur eine Besitzentziehung vorliegt, wie in den Pininskischen Fällen. Dort ist der unmittelbare Besitz aufgegeben und ein Anspruch aus § 1007 ausgeschlossen, hier ist der detentor beim Erwerbe des Besitzes in schlechtem Glauben und deshalb nach § 1007 Abs. 1 ohne Einrederecht zur Herausgabe verpflichtet.

§ 16.

Schluß.

Die obligatorische Rechtslage.

Die Untersuchung der schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten hat wiederum an die körperliche Übergabe der Sache und die Herausgabeweigerung anzuknüpfen.

Hinsichtlich der von Jhering gebildeten uneigentlichen Fälle der momentaria detentio kann man m. E. Jhering unbedenklich beitreten, wenn er ausführt, daß auch Miete und Leihe auf sehr kurze Zeit geschlossen werden können.[1]) Deshalb müssen wir in diesen Fällen das Vor-

[1]) Jhering a. a. O. S. 510 ff.

liegen eines Vertrages annehmen, der jedes andere obligatorische Verhältnis ausschließt.

Bei den Beispielen eigentlicher m. d. haben wir gelegentlich der Ausführungen über die possessorische Rechtslage gesehen, daß P. durch die Herstellung eines körperlichen Verhältnisses zur Sache noch nicht tatsächliche Gewalt und Besitz erlangt; die Übergabe enthält in den einzelnen Fällen keine Gebrauchsüberlassung. Denn diese setzt ihrem Begriffe nach voraus, daß der Besitz, mindestens der Mitbesitz, übertragen ist.[2]) Deshalb können wir das körperliche Verhältnis in seiner Beziehung auf die beteiligten Personen nicht als ein Vertragsverhältnis bezeichnen.[3]) Immer wird das Fehlen des Besitzes in der Person des Inhabers die Entstehung einer Verpflichtung zur Rückübertragung hindern. Die negative Verpflichtung, eine Besitzergreifung durch Herausgabeweigerung zu unterlassen, ist nicht auf ein schuldrechtliches, sondern auf ein tatsächliches (Besitz-)Verhältnis zurückzuführen.

---

[2]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. Bd. 1 § 156 Anm. 8 zu § 549, 565.

[3]) „In den Fällen der momentaria detentio erhält der Inhaber die Sache nicht mit der vertragsmäßig vereinbarten Dauer einer bestimmten, wenn auch noch so kurzen Benutzungszeit, wie bei der Miete, nicht in Form eines Kontrakts, wie bei dem mit Hingabe in die Gewahrsam verbundenen Kommodat, wodurch er, wie verpflichtet, so auch berechtigt, d. i. der Kommodat an die Innehaltung der zum Zweck der Benutzung erforderlichen Zeit gebunden wird, sondern in Form eines Vorganges, der beiderseits keine obligatorischen Wirkungen erzeugt, sich völlig innerhalb der Grenzen eines juristisch bedeutungslosen Gefälligkeitsaktes des geselligen Lebens hält. Der Gegensatz zwischen beiden Verhältnissen wird von den römischen Juristen mit den Worten officium und negotium deutlich hervorgehoben.“ Jhering S. 517.

Bei allen Verhältnissen m. d., mit Ausnahme der eingangs erwähnten vertraglichen, kann die Besitzergreifung die Grundlage eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung sein (§§ 812, 823 BGB.). Hierdurch ist in den einzelnen Fällen P. um den unmittelbaren Besitz verärmert, D. um denselben bereichert. D. hat dadurch „ein mit erheblichen Rechtswirkungen bekleidetes ökonomisches Gut, das wertvolle Rechtspositionen gewährt, erworben.“ [4])

Ob die Bereicherung ungerechtfertigt ist, bestimmt sich, da auch der fehlerhafte Besitz dem materiellen Rechte entsprechen kann, nicht nach der Fehlerhaftigkeit, sondern nach dem Recht zum Besitze. Somit hängt dieser Anspruch davon ab, wer von den Beteiligten das bessere Recht hat.

Ebenso verhält es sich mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung. Die in der Herausgabeweigerung liegende verbotene Eigenmacht enthält einen vorsätzlichen Verstoß gegen das den Schutz des Besitzers bezweckende Gesetz, [5]) das den Eigenmächter nach § 823 Abs. 2 a. a. O. zum Schadensersatze verpflichtet. Ob P. geschädigt ist, beurteilt sich wiederum nach seinem Besitzrecht.

Es bleibt P. unbenommen, anstatt des Anspruches aus § 1007 denjenigen aus § 812 oder § 823 geltend zu machen. Wählt er einen der letzten Ansprüche, so steht er insofern ungünstiger da, als er das schlechtere Recht D.'s zum Besitze darlegen muß.

---

[4]) Biermann a. a. O. Bd. 2 Anm. 2a zu § 812 S. 53a und die dort Genannten.

[5]) Planck a. a. O. Bd. 2 Anm. 3b z. § 823 S. 612. A. M. Oertmann a. a. O. Bd. 2 S. 558.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.